

VU Research Portal

De betekenis van de parol evidence rule in het Amerikaanse contractenrecht

Tjittes, R.P.J.L.

published in

Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk
2002

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Tjittes, R. P. J. L. (2002). De betekenis van de parol evidence rule in het Amerikaanse contractenrecht. *Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk*, 1, 4-12.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Artikel

De betekenis van de parol evidence rule in het Amerikaanse contractenrecht

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes

1. Inleiding

Overall ter wereld – ook in Nederland – worden belangrijke commerciële contracten in toenemende mate beheerst door Engels of ‘Amerikaans recht’, in het bijzonder het recht van de staat New York, ook als beide contractspartijen geen band met die rechtstelsels hebben.¹ Voor de huidige commerciële praktijk is aandacht voor het Anglo-Amerikaanse recht van groter belang dan aandacht voor academische projecten als de UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts en de European Principles of Contract Law.

Een van de in het oog springende verschillen tussen het Amerikaanse recht en het Nederlandse recht, waar een Nederlandse jurist op gespitst moet zijn als hij betrokken is bij de vaststelling van de inhoud (uitleg) van een Amerikaans contract, is het bestaan van de zogenoemde parol evidence rule. Kort gezegd komt die regel erop neer dat als partijen een overeenkomst schriftelijk hebben vastgelegd, zij geen bewijs mogen leveren van het bestaan van eerdere schriftelijke of mondelinge toezeggingen of overeenkomsten die in strijd zijn met de voorliggende schriftelijke overeenkomst of die deze aanvullen. Een Nederlandse jurist, die onbekend is met de parol evidence rule, kan voor een onaangename verrassing komen te staan als hem niet is toegestaan een gestelde afspraak, die afwijkt van een schriftelijk contract, te bewijzen.

In Engeland speelt de parol evidence rule geen rol meer, aanvankelijk omdat de rechtspraak vele uitzonderingen op de regel accepteerde en thans doordat de rechtspraak, in navolging van de Law Commission in 1986, de parol evidence rule geen ‘rule of law’ meer acht.²

In de Verenigde Staten daarentegen is de parol evidence rule nog immer een regel om rekening mee te houden. De veelheid aan rechtspraak en literatuur daarover onderstreept het grote belang. Calamari en Perillo stellen daarom dat:

‘(...) most of the contract decisions reported do not involve offer and acceptance or other subjects usually explored in depth in a course in contracts but rather involve the parol evidence rule and questions of interpretation (...).’³

In het recente ontwerp tot aanpassing van Uniform Commercial Code (UCC), een wet die in 49 van de Amerikaanse staten onder meer het kooprecht van roerende zaken tussen ondernemers onderling regelt, is de parol evidence rule een beetje aangevuld, maar voor het overige onaangetast opgenomen.

In de onderhavige bijdrage⁴ wil ik de Nederlandse jurist inzicht geven in de betekenis van de parol evidence rule in ‘het’⁵ Amerikaanse contractenrecht. De parol evidence rule doet zich voelen bij (onder meer) wijziging, aanpassing en uitleg van contracten.

2. De parol evidence rule

In artikel 2-202 UCC is de parol evidence rule als volgt verwoord:

‘Terms (...) which are (...) set forth in writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to

1 Zie de bijdrage van Schuit, De onstuitbare opmars van het Anglo-Amerikaanse recht, Contracteren 2001, p. 42 e.v. Zie in dit verband ook C.E. Drion, Engelstalige contracten in de Nederlandse rechtspraktijk, Contracteren 1999, p. 13 e.v.

2 Zie uitvoerig Beatson, Anson's Law of Contract, 1998, p. 110-111 en de aldaar genoemde rechtspraak (in het bijzonder in noot 51).

3 Calamari & Perillo, A plea for a uniform parol evidence rule and principles of interpretation, 41 Indiana L.J. 1967, p. 333 e.v.

4 De bijdrage berust voor een belangrijk deel op De Parol Evidence Rule: inspiratiebron of afschrikwekkend voorbeeld?, in: Koopl, BW-krant jaarboek nr. 14 (redactie W.H. van Boom e.a.), 1998, p. 25 e.v.

5 Uiteraard beseft ik dat ‘het Amerikaanse recht’ niet bestaat. Het beschrevene is de grootste gemene deler van algemeen geldende regelgeving (zoals de UCC), algemeen erkende beginselen als de Restatements on Contracts 2d en rechtspraak en literatuur met een niet louter statelijke betekenis.

*such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral agreement (...).*⁶

Een voorbeeld van de werking van de parol evidence rule is *Gianni v. R. Russel & Co.* 281 Pa. 320 (1924). Gianni verkoopt tabak, fruit, snoep en frisdrank in een door hem gehuurde winkel in een kantoorgebouw. Nadat het kantoorgebouw is verkocht, is Gianni een nieuwe schriftelijke huurovereenkomst aangegaan, waarin is bepaald dat hij het gehuurde voortaan niet meer mag gebruiken voor de verkoop van tabak. Een supermarkt die later een deel van het kantoorgebouw heeft gehuurd, verkoopt evenals Gianni frisdrank. Gianni spreekt daarop de eigenaar-verhuurder aan wegens de niet-nakoming van een door de verhuurder voor het vernieuwen van de huurovereenkomst gedane mondelinge belofte dat Gianni het exclusieve recht heeft om in het kantoorgebouw frisdrank te verkopen. Tegenover deze belofte is Gianni, naar zijn zeggen, overeengekomen een hogere huurprijs te betalen en geen tabak meer te verkopen. Op grond van de parol evidence rule is het Gianni niet toegestaan bewijs te leveren van die mondelinge afspraak. De nieuwe huurovereenkomst wordt geacht alle afspraken van partijen te bevatten.

De parol evidence rule ziet op de vaststelling van het object van de uitleg. Zij sluit niet het bewijs uit om een schriftelijke overeenkomst uit te leggen. De parol evidence rule belet derhalve niet dat eerdere overeenkomsten of onderhandelingen bewijs kunnen opleveren voor de betekenis van het schriftelijke stuk (par. 214 sub c Rest.Contr.2d).

3. De ratio en de grondslag van de parol evidence rule

De ratio van de parol evidence rule is de volgende.⁷ Het op schrift stellen van een afspraak is het sluitstuk van de contractsonderhandelingen. Een dergelijk schriftelijke stuk, waarin de overeenkomst van partijen is neergelegd, heeft een bewijsfunctie. Als er een geschil rijst over wat partijen hebben afgesproken, dan kunnen zij een beroep doen op het schriftelijke stuk. Een beroep daarop is veelal betrouwbaarder dan een beroep op het geheugen van (partij)getuigen of mondelinge afspraken. De normale gang van zaken is dat het schriftelijke stuk alle belangrijke elementen van de afspraak bevat. Eerdere rechten en verplichtingen die daarin niet meer voorkomen, hebben partijen kennelijk niet bedoeld om voort te doen leven. De bewijsfunctie van de schriftelijke overeenkomst zou ontkracht worden als de inhoud van het schriftelijke stuk eenvoudig onderuit gehaald zou kunnen worden door bewijs uit de precontractuele fase van andersluidende afspraken. De parol evidence rule is in essentie dus een ervaringsregel bij de bewijswaardering van een schriftelijke overeenkomst.

De grondslag van de parol evidence rule is de hypothetische partijtijl. Een latere schriftelijke overeenkomst is door partijen kennelijk bedoeld om eerdere verklaringen of overeenkomsten te

ontkrachten. Een schriftelijke overeenkomst, die de definitieve partijafspraken volledig omvat, heeft het effect dat mogelijke verbintenissen uit eerdere (mondelinge of schriftelijke) overeenkomsten tenietgaan (aldus par. 213 lid 1 en 2 Rest. Contr. 2d, waar gesproken wordt van ‘discharge’ van eerdere mondelinge overeenkomsten).

4. Grenzen aan de werking van de parol evidence rule

In de Amerikaanse literatuur wordt erop gewezen dat het ingeburgerde begrip ‘parol evidence rule’ om een aantal redenen eigenlijk een onjuist begrip is.⁸ In de eerste plaats is het naar Amerikaanse begrippen geen regel van bewijsrecht, maar van materieel recht. Het sluit bepaald bewijs uit. Naar Nederlands recht is het niet onjuist om een regel die bewijs uitsluit tot het bewijsrecht te rekenen. In de tweede plaats ziet de parol evidence rule niet alleen op mondeling (parol) bewijs, maar op alle vormen van bewijs. Een beroep op schriftelijke stukken als faxen, conceptovereenkomsten en correspondentie kan evenzeer uitgesloten zijn. In de derde plaats is de parol evidence rule in strikte zin geen uitlegregel, maar omlijnt hij het object van de uitleg. De parol evidence rule ontzegt werking aan eerdere schriftelijke of mondelinge overeenkomsten en bepaalt aldus wat de uit te leggen overeenkomst is. In de vierde plaats is de parol evidence rule nauwelijks een regel te noemen, omdat er vele uitzonderingen op bestaan. De beperkingen aan en uitzonderingen op de parol evidence rule behandel ik in de volgende subparagrafen.

4.1 Eerste beperking: de parol evidence rule is alleen van toepassing op integrated agreements

Ten eerste vindt de parol evidence rule alleen toepassing als de partijen (een beding in) de schriftelijke overeenkomst bedoeld hebben als een definitieve weergave (final expression) van hun afspraak. In dat geval is het document een ‘integration’ van hun afspraak (par. 209 lid 1 Rest. Contr. 2d). De parol evidence rule heeft geen betrekking op stukken die uitgewisseld worden in een lopend onderhandelingsproces als conceptovereenkomsten of memoranda. Of er sprake is van een integrated agreement mag worden bewezen met alle middelen, waaronder overeenkomsten en onderhandelingen voor of tijdens het sluiten van de schriftelijke overeenkomst (par. 214 sub a Rest. Contr. 2d). Als eenvoudig Nederlands jurist komt het mij voor dat aldus de bewijsproblemen, die de parol evidence rule beoogt te voorkomen, slechts een fase vervroegd worden.

Nadat is vastgesteld dat een schriftelijk stuk een definitieve weergave van de partijafpraak is, moet vervolgens worden nagegaan of deze definitieve afspraak betrekking heeft op een deel (partially integrated agreement) of op alle (completely integrated agreement) onderdelen van hetgeen partijen zijn overeengekomen (par. 210 Rest.Contr.2d). Indien er sprake is van een ‘partial integration’, dan is bewijs, waarbij het deel dat definitief is overeengekomen door eerdere mondelinge of schriftelijke afspraken

⁶ In Rest.Contr.2d is de parol evidence rule neergelegd in par. 213.

⁷ Zie Farnsworth, *Contracts*, 2e druk, 1990, par. 7.2.

⁸ Zie comment a bij par. 213 Rest.Contr.2d.

wordt tegengesproken, niet toegestaan (par. 215 Rest.Contr.2d). Uiteraard is een aanvulling van een dergelijke partially integrated agreement door een daarmee verenigbare mondelinge afspraak wel geoorloofd (par. 216 lid 1 Rest.Contr.2d). Indien er daarentegen sprake is van een complete integration – het schriftelijke stuk bevat de definitieve en gehele overeenkomst tussen partijen – dan mag het schriftelijk overeengekomene door eerdere bewijsmiddelen niet worden ontkracht of aangevuld (zie par. 2-202 sub b UCC en par. 215 en 216 lid 1 Rest.Contr.2d). Het bewijs dat een integrated agreement, partially integrated of completely integrated is, kan eveneens geleverd worden door het bewijzen van overeenkomsten en onderhandelingen voorafgaand aan of samen gaand met de schriftelijke overeenkomst (par. 214 sub b Rest.Contr.2d). Wederom constateer ik dat er sprake is van het verschuiven van het bewijsprobleem.

Ik keer terug naar de zojuist genoemde vragen. Hoe moet de rechter bepalen of er sprake is van een integration, dat wil zeggen dat het schriftelijk overeengekomene de weergave van de definitieve partijafpraak is, en hoe moet hij vervolgens bepalen of die weergave de overeenkomst tussen partijen geheel of gedeeltelijk omvat? Het antwoord op deze vragen is van het grootste belang voor de rechtszekerheid die de parol evidence rule beoogt te bieden.⁹ De geleerden en, in het voetspoor daarvan, de rechters verschillen daarover van mening. De bekende tegenstrevers onder de auteurs zijn Williston en Corbin.¹⁰

Williston staat een objectieve benadering voor.¹¹ Volgens hem moet de rechter bij het bepalen of een schriftelijke overeenkomst een partial of een total integration is, uitsluitend kijken naar het schriftelijke stuk zelf. De rechter moet primair nagaan of de overeenkomst een merger clause bevat (zie par. 4.2 van deze bijdrage). Zo ja, dan is er sprake van een complete integration. Zo niet, dan moet hij bezien of de overeenkomst op het eerste gezicht definitief en volledig is. Is dat het geval, dan is de overeenkomst een ‘complete integration’. De bewoordingen van de overeenkomst spelen daarbij een doorslaggevende rol. In de nodige jurisdicties volgen de rechters de opvatting van Williston.

Corbin daarentegen staat een subjectieve benadering voor.¹² Naar zijn mening moet de bedoeling van partijen achterhaald worden, dus of zij het schriftelijke stuk als een definitieve weergave van hun afspraken zien en zo ja, of deze afspraken geheel dan wel gedeeltelijk in de schriftelijke overeenkomst zijn opgenomen. Bij het vaststellen van die bedoeling mogen alle bewijsmiddelen gebruikt worden. De benadering van Corbin geldt als de meer moderne en wordt gevolgd in de Restatement, Second, Contracts.¹³ Bij het beantwoorden van de vraag of een overeenkomst een ‘integrated agreement’ is, worden de bewoordingen van het schriftelijke stuk belangrijk gevonden, maar zij zijn niet doorslaggevend. Paragraaf 209 lid 3 Rest.Contr.2d bepaalt dat

een weerlegbaar bewijsvermoeden geldt dat een contract een ‘integrated agreement’ is, indien het, gelet op de volledigheid en gedetailleerdheid daarvan, redelijkerwijs de indruk wekt een ‘integrated agreement’ te zijn. In de toelichting op paragraaf 210 Rest.Contr.2d staat:

*‘a writing cannot of itself prove its own completeness, and wide latitude must be allowed for inquiry into circumstances bearing on the intention of the parties.’*¹⁴

De door Corbin voorgestane subjectieve benadering om te bepalen of een schriftelijke overeenkomst een definitieve en volledige weergave van de partijafpraak is, is ook gekozen door de Californische Supreme Court in *Masterson v. Sine*, 436 P.2d 561 (Cal. 1968). *Masterson* en zijn vrouw zijn de eigenaren van een boerderij. Zij verkopen de boerderij voor \$ 50.000 en dragen deze over aan *Sine*, de zuster en zwager van *Masterson*. Partijen komen schriftelijk overeen dat *Masterson* een tien jaar durende optie krijgt om de boerderij voor dezelfde prijs terug te kopen. Eventuele verbeteringen die *Sine* inmiddels aan de onroerende zaak heeft aangebracht, moet *Masterson* vergoeden. *Masterson* gaat vervolgens failliet. Zijn curator wenst de optie uit te oefenen. Om dat te voorkomen wil *Sine* bewijzen – waarbij *Masterson* hem te hulp schiet – dat partijen voorafgaand aan het sluiten van de schriftelijke koopovereenkomst mondeling zijn overeengekomen dat de optie strikt persoonlijk en niet voor overgang vatbaar is, met als doel om de boerderij in de familie te houden. De Californische Supreme Court beslist bij monde van Justice Traynor dat *Sine* het persoonlijke karakter van de optie mag bewijzen. De parol evidence rule staat hem daarbij niet in de weg. De Supreme Court neemt aan dat de overeenkomst van partijen slechts ‘partially integrated’ was in de schriftelijke optieovereenkomst. De Supreme Court verwierpt nadrukkelijk de zienswijze dat de toelaatbaarheid van ‘parol evidence’ enkel afhangt van het antwoord op de vraag of de schriftelijke overeenkomst op het eerste gezicht onvolledig lijkt:

‘The requirement that the writing must appear incomplete on its face has been repudiated in many cases (...).’

De bedoeling van partijen is doorslaggevend. Volgens de Supreme Court moet daarbij vooral worden gekeken naar de geloofwaardigheid van het aangeboden bewijs. Dat is naar mijn mening een cirkelredenering: bewijs van een eerdere mondelinge overeenkomst is niet toegestaan als de latere schriftelijke overeenkomst een complete integration is; of het schriftelijke contract dat is, hangt af van de geloofwaardigheid van het bestaan van een eerdere mondelinge overeenkomst. Het resultaat in de *Masterson*-zaak is dat bewijslevering van een eerdere mondelinge afspraak wordt toegestaan. Dit resultaat is redelijk, maar wel opmerkelijk. Of partijen daadwerkelijk hebben afgesproken dat de optie een hoogstpersoonlijk karakter heeft, is hoogst twijfelachtig. Veeleer lijkt sprake te zijn van een opzetje tussen familieleden om de boerderij niet ten prooi te laten vallen aan de faillissementscrediteuren.

De UCC neigt ook meer naar de opvatting van Corbin, hoewel de UCC op het eerste gezicht een objectieve benadering lijkt te kiezen. Het criterium om te bepalen of er sprake is van een total of

9 Zie ook Braucher, Interpretation and legal effect in the second Restatement of contracts, 81 Colum.L.Rev. 1981, p. 17.

10 Zie een uitvoerige weergave van hun standpunten: Justice Sneed in *Interform Co. v. Mitchell Constr. Co.*, 575 F.2d 1270, 1275-1277 (9th Cir. 1978).

11 Williston, Contracts, deel 4, 3e druk, 1961, par. 633-639.

12 Zie Corbin, Contracts, deel 3A, 1960, par. 582.

13 Aldus ook Murray, The parol evidence process and the standardized agreements under the Restatements, Second, Contracts, 123 U.Pa.L.Rev. 1975, p. 1342.

14 Comment b op par. 210 Rest.Contr.2d.

een partial integration is volgens de toelichting op artikel 2-202 UCC:

*'If the additional terms are such that, if agreed upon, they would certainly have been included in the document in the view of the court, then evidence of their alleged making must be kept from the trier of fact.'*¹⁵

Het criterium dat de UCC aanreikt om te bepalen of de schriftelijke overeenkomst de partijafsprak geheel of gedeeltelijk weergeeft, is of het beweerd overeengekomen mondelinge beding zeker in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen. Is dat het geval, dan geeft de schriftelijke overeenkomst de partijafsprak volledig weer. Er is dan sprake van een 'complete integration'. Zou de mondelinge afspraak waarop een beroep wordt gedaan niet zeker in de schriftelijke overeenkomst zijn opgenomen, dan is er sprake van een 'partial integration'. Onder meer de volgende factoren zijn relevant om te bepalen of een beding al dan niet zeker in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen:¹⁶

a. de hoedanigheid van partijen: zijn zij ondernemer of particulier? Professionele partijen zullen, anders dan niet-professionele partijen, hun afspraak veelal volledig in een schriftelijk stuk opnemen. Dat zal temeer het geval zijn als zij bij het opstellen daarvan zijn bijgestaan door deskundigen, zoals advocaten. Wie wel eens een met hulp van een Amerikaanse jurist totstandgekomen schriftelijke overeenkomst heeft gezien, kent de uitvoerigheid en het alomvattende karakter daarvan.¹⁷

b. de wederzijdse machtspositie van partijen

Een overeenkomst waarbij een partij in een ongelijke machtspositie verkeert ten opzichte van de wederpartij, kan ertoe leiden dat in het schriftelijke stuk een essentieel beding ontbreekt.

c. de volledigheid en gedetailleerdheid van het schriftelijke stuk.

Hoe vollediger en gedetailleerder een schriftelijke weergave van een overeenkomst is, des te eerder zal aangenomen worden dat het stuk de volledige partijafspraken bevat. Wat in de objectieve opvatting van Williston doorslaggevend is, is in de subjectieve opvatting van Corbin een gezichtspunt, dat slechts een indicatie is van de bedoeling van partijen.

4.2 Vervolg; het belang van een merger clause

Partijen kunnen een 'total integration' bewerkstelligen door in de overeenkomst te bepalen dat het schriftelijke contract de gehele overeenkomst tussen partijen weergeeft. Een dergelijk beding is een zogenoemde merger clause, ook wel genoemd 'entire agreement clause', 'integration clause' of 'four-corner-rule' (in België veelal letterlijk vertaald wordt met 'vierhoekenbeding'¹⁸). Een dergelijk beding is geldig, tenzij er op het eerste gezicht duidelijk sprake is van een onvolledige overeenkomst of het beding door

een onjuiste voorstelling van zaken of bedrog in de overeenkomst is opgenomen.¹⁹ Sommige rechters, in het bijzonder zij die de subjectieve benadering aanhangen, menen dat door het opnemen van een merger clause partijen de bedoeling hebben de schriftelijke overeenkomst als definitief en compleet te beschouwen.²⁰ Andere rechters menen evenwel dat het gaat om routineuze bedingen waar een dergelijke bedoeling van partijen niet uit valt af te leiden.²¹ De huidige stand van zaken omtrent de geldigheid van een merger clause wordt door Eisenberg omschreven als 'messy'.²² Zoveel is zeker dat een merger clause geen volledige zekerheid biedt dat een schriftelijke overeenkomst niet mag worden tegengesproken of aangevuld door eerdere afspraken.

4.3 Tweede beperking: de parol evidence rule sluit het bewijs van een latere overeenkomst niet uit; het belang van een no-oral-modification-clause

Een tweede beperking van de toepassing van de parol evidence rule is dat zij er niet aan in de weg staat dat bewijs wordt geleverd van een na het sluiten van het schriftelijke contract overeengekomen mondelinge of schriftelijke overeenkomst, die de eerdere schriftelijke overeenkomst ontkracht of aanvult.

Om onzekerheid te voorkomen, doordat een partij beweert dat een schriftelijke overeenkomst inmiddels is gewijzigd door een latere mondelinge afspraak, komen partijen in voorkomende gevallen (in het bijzonder bij aannemingsovereenkomsten) overeen dat wijzigingen van de schriftelijke overeenkomst alleen schriftelijk overeengekomen kunnen worden (de zogenoemde no-oral-modification-clause, soms afgekort tot 'n.o.m. clause'. Veel zekerheid biedt deze clausule niet, omdat naar common law een nieuwe overeenkomst of het gerechtvaardigde vertrouwen op een nieuwe mondelinge belofte, waarin een dergelijke clausule niet opnieuw is opgenomen, de werking van een no-oral-modification-clause reeds teniet doet gaan.²³ Een latere afspraak kan een eerdere afspraak ontkrachten, ook waar het een no-oral-modification-clause betreft. Een wettelijke uitzondering op deze regel lijkt te worden gevormd door artikel 2-209 lid 2 UCC, waarin is bepaald dat een beding dat een overeenkomst alleen door een ondertekend geschrift gewijzigd of ongedaan gemaakt kan worden, geldig is. Deze uitzondering wordt meteen verzacht door artikel 2-209 lid 4 UCC, waarin is bepaald dat een mondelinge wijziging van een overeenkomst, ondanks een no-oral-modification-clause, kan leiden tot een afstand van recht (waiver) van die clausule, in het bijzonder indien de wederpartij daarop gerechtvaardigd heeft vertrouwd (reliance). In sommige jurisdictie is daarnaast vereist dat het vertrouwen bij de wederpartij heeft geleid tot nadeel (detriment, prejudice).²⁴

19 Farnsworth, Contracts, par. 7.3, p. 476 en par. 7.4, p. 484. Zie ook comment e op par. 216 Rest.Contr.2d.

20 Zie ARB (American Research Bureau) Inc. v. E-Systems, Inc., 663 F.2d 189, 198-199 (D.C. Cir. 1980).

21 Zie Seibel v. Layne & Bowler, Inc., 641 P. 2d 668 (1982), waar ook wordt aangegeven dat een beroep gedaan kan worden op het leerstuk van de 'unconscionability' (art. 2-302 UCC) – letterlijk 'gewetenloosheid', n.m.m. het best te vertalen met onredelijk bezwarendheid – om aan de werking van een merger clause te ontkomen.

22 Fuller & Eisenberg, Basic contract law, 6e druk, 1996, p. 565.

23 Zie Farnsworth, Contracts, par. 7.6, p. 493.

24 In deze zin Wisconsin Knife Works v. National Metal Crafters, 781 F.2d 1280 (7th Cir. 1986). Anders (geen nadeel vereist): Getty Terminals Corp. v. Coastal Oil New England, Inc. 995 F. 2d 372 (2d. Cir. 1993).

15 Comment 3 op art. 2-202 UCC. Deze zinsnede is thans in essentie opgenomen in de tekst zelf van art. 2-202 lid 2 sub b in het ontwerp-UCC, versie juli 1997. Zie in gelijke zin par. 216 lid 2 sub b Rest.Contr.2d.

16 De genoemde criteria zijn vermeld in Hatley v. Stafford, 588 P.2d 603, 609 (1978).

17 Zie daarover Langbein, Comparative civil Procedure and the Style of Complex Contracts, 35 Am.J.Comp.L. 1987, p. 384.

18 Zie i.p.v. velen: M.E. Storme, De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldverhoudingen (diss. KU Leuven), 1990, par. 117 en 183.

4.4 Derde beperking: de parol evidence rule sluit het bewijs niet uit van een eerdere nevenovereenkomst (collateral agreement)

Een derde te noemen uitzondering op de parol evidence rule is dat, ondanks het bestaan van een schriftelijke overeenkomst, het is toegestaan bewijs te leveren van een nevenovereenkomst (collateral agreement), waarbij een zelfstandige tegenprestatie (separate consideration) is overeengekomen, ook al is deze gesloten voordat een definitieve en volledige schriftelijke overeenkomst tot stand is gekomen (Rest.Contr.2d par. 216 lid 2 sub a).

De ‘leading case’ in deze is *Mitchill v. Lath*, 247 NY 377 (1928). De zaak laat ook zien hoe hard de parol evidence rule kan uitpakken: ondanks het zekere bestaan van een eerdere mondelinge belofte, mag deze niet worden bewezen. *Mitchill* koopt van *Lath* een boerderij voor \$ 8.400 met als doel deze als vakantiehuis te gebruiken. De koopovereenkomst wordt neergelegd in een schriftelijk stuk. Recht tegenover de boerderij, aan de overkant van de weg, staat een foeilelijk ijshuisje dat het uitzicht vanuit de boerderij bederft en dat aan *Lath* toebehoort. De schriftelijke koopovereenkomst maakt geen melding van het ijshuisje. *Mitchill* kan evenwel door getuigen aantonen dat de verkoper haar, om haar over te halen de koopovereenkomst te tekenen, mondeling heeft beloofd het ijshuisje te verwijderen. *Mitchill* verlangt nakoming (specific performance) van die afspraak. De meerderheid van de New Yorkse Court of Appeal oordeelt bij monde van Justice Andrews evenwel dat – ondanks het aannemelijk zijn van de mondelinge afspraak – de mondelinge overeenkomst niet bewezen mocht worden als gevolg van de parol evidence rule. Een mondelinge overeenkomst kan de als definitief en volledig beschouwde schriftelijke overeenkomst alleen wijzigen als ten minste aan drie vereisten is voldaan:

‘(1) the agreement must in form be a collateral one; (2) it must not contradict express or implied provisions of the written contract; (3) it must be one that parties would not ordinarily be expected to embody in the writing (...).’

Justice Andrews neemt in het bijzonder aan dat aan het derde vereiste niet is voldaan:

‘an inspection of this contract shows a full and complete agreement, setting forth in detail the obligations of each party. On reading it, one would conclude that the reciprocal obligations of the parties were fully detailed (...). Were such an agreement [m.b.t. het ijshuisje, RJT] made it would seem natural that the inquirer should find it in the contract.’

Het resultaat in de zaak *Mitchill* is opmerkelijk. Ondanks het zekere bestaan van een eerdere mondelinge afspraak mocht de koopster daarop geen beroep doen vanwege de parol evidence rule. De schriftelijke koopovereenkomst geeft de afspraken van partijen volledig weer. Een zelfstandige nevenovereenkomst wordt niet aangenomen. De zaak *Mitchill* is in zoverre de tegenpool van de *Masterson*-zaak, waar een vrijwel zeker niet bestaand beding wel bewezen mocht worden (zie par. 4.2).

Een zaak waarin een mondelinge nevenovereenkomst wel werd aangenomen, is *Lee v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 552 F.2d

447 (2d Cir. 1977). *Lee* en *Seagram* komen schriftelijk overeen dat *Lee* haar distributeurschap van sterke drank aan *Seagram* verkoopt. *Lee* beweert dat zij mondeling met *Seagram* ook is overeengekomen dat *Seagram* voor *Lee* een ander distributeurschap in een andere stad zou regelen. *Seagram* stelt dat de parol evidence rule aan het bewijzen van de laatstgenoemde mondelinge overeenkomst in de weg staat. De United States Court of Appeals, Second Circuit, bepaalt bij monde van *Gurfein CJ* dat de hoofdvraag in dit geding is of de beweerde mondelinge overeenkomst er een is die partijen in de gegeven omstandigheden normaal gesproken verwachten in de schriftelijke overeenkomst te zijn opgenomen. Zo ja, dan geeft het schriftelijke stuk de partijafpraak geheel weer. De rechter hanteert in deze zaak hetzelfde criterium als in de zaak *Mitchill*. De rechter beantwoordt de zojuist genoemde vraag ontkennend; de schriftelijke overeenkomst is geen volledige overeenkomst. Ten eerste omdat de partijen bij de schriftelijke en bij de mondelinge overeenkomst anders zijn (de vennootschap *Seagram*, respectievelijk enkele aandeelhouders van *Seagram*). Ten tweede omdat er een innige relatie van vertrouwen en vriendschap tussen *Lee* en *Seagram* bestaat, zodat *Lee* mocht denken dat een mondelinge afspraak voldoende was. Ten derde bevat de schriftelijke overeenkomst niet de gebruikelijke merger clause (zie par. 4.2). *Lee* werd toegestaan de mondelinge nevenovereenkomst te bewijzen.

4.5 Vierde beperking: de parol evidence rule sluit een aanvulling van de overeenkomst door course of dealing, usage of trade en course of performance niet uit

Een vierde beperking van de parol evidence rule is dat een schriftelijke overeenkomst, die een complete integration is, weliswaar niet tegengesproken, maar wel aangevuld mag worden, door bewijs van een eerdere gang van zaken tussen partijen, handelsgebruiken (de course of dealing en de usage of trade, art. 1-205 lid 1 resp. lid 2 UCC alsmede par. 223 resp. 222 Rest.Contr.2d) en de uitvoering van de betreffende overeenkomst (course of performance, art. 2-208 UCC) (art. 2-202 aanhef en sub a UCC). De reden voor deze uitzondering op de parol evidence rule is:

‘Such writings are to be read on the assumption that the course of prior dealings between the parties and the usages of trade were taken for granted when the document was phrased.’²⁵

Een bekend voorbeeld van de toepassing van de algemene regel dat een handelsgewoonte een definitieve en volledige schriftelijke overeenkomst kan aanvullen, is *Hurst v. W.J. Lake & Co.*, 16 P.2d 627 (Ore. 1932). *Lake* koopt 350 ton slachtafval van *Hurst*. Beide partijen zijn werkzaam in dezelfde bedrijfstak. Zij komen overeen dat *Lake* een korting van \$ 5 per ton krijgt voor iedere ton die minder dan 50% proteïne bevat. Rond de 170 ton bevatte minder dan 50% proteïne. Ongeveer 140 ton daarvan heeft een proteïnegehalte tussen de 49,53 en de 49,96%. *Lake* trekt voor 170 ton de korting van de door hem te betalen koopprijs af. *Hurst* beweert echter dat het begrip ‘minder dan 50% proteïne’ een handelsterm is, die betekent: minder dan 49,5% proteïne. Volgens *Hurst* is de prijsaftrek daarom alleen geoorloofd voor 30 ton, maar niet voor 170 ton. De rechter laat *Hurst* toe dit handelsgebruik te bewijzen:

25 Comment 2 bij art. 2-202 UCC.

'Members of a trade or business group who have employed in their contracts trade terms are entitled to prove that fact in their litigation, and show the meaning of those terms to assist the court in the interpretation of their language.'

Sommige rechters gaan bijzonder ver in het aannemen dat een handelsgewoonte een expliciet contractueel beding toegestaan aanvult, zonder dat er sprake is van een verboden tegenspraak. Een duidelijk voorbeeld daarvan is *Columbia Nitrogen Corp. v. Royster Co.*, 451 F.2d 3 (4th Cir. 1971). Royster komt met Columbia overeen dat Royster aan Columbia gedurende drie jaar ieder jaar minimaal 31.000 ton fosfaat zal verkopen voor een bepaalde prijs per ton, met een optie om de overeenkomst te verlengen. Het fosfaat wordt door Columbia gebruikt voor de productie van kunstmest. Kort nadat de overeenkomst is gesloten, dalen de prijzen voor fosfaat. Columbia bestelt daarom slechts 10% van de overeengekomen hoeveelheden bij Royster. Columbia wenst te bewijzen dat in de kunstmestindustrie, waartoe beide partijen behoren, de overeengekomen hoeveelheden slechts schattingen van de leveringen zijn, die aan wijziging bloot kunnen staan als gevolg van de actuele marktcondities. De United States Court of Appeals, Fourth Circuit, oordeelt bij monde van Circuit Judge Butzner dat Columbia toegestaan moet worden deze handelsgewoonte te bewijzen. Zij vindt dat een dergelijke gewoonte de expliciete contractsbepalingen over de te leveren minimumhoeveelheden aanvult en niet tegensprekt. De rechter voert daartoe een aantal argumenten aan, waarvan ik de drie belangrijkste noem. Ten eerste dat de overeenkomst niet uitdrukkelijk uitsluit dat de gang van zaken en de handelsgewoonte niet gebruikt mogen worden om de schriftelijke overeenkomst uit te leggen of aan te passen. Ten tweede dat de overeenkomst geen bepaling over een prijsaanpassing bevat als de marktprijs daalt. Ten derde dat in de lijst van in het contract opgesomde tekortkomingen alleen melding wordt gemaakt van niet-betaling door Royster, maar niet van niet-afname door haar.

Het is niet verbazingwekkend dat een paar jaar later de United States District Court, N.D. Georgia in *Southern Concrete Services, Inc. v. Mableton Contractors, Inc.*, 407 F. Supp 581 (1975) zware kritiek uitoefent op de beslissing in de zojuist genoemde Royster-zaak. Het toelaten van bewijs van de handelsgewoonte in die zaak tast de met een duidelijke overeenkomst gemoeide rechtszekerheid te zeer aan. Chief Judge Edenfield oordeelt:

'Certainly customs of the trade should be relevant to the interpretation of certain terms of a contract (...) and should be considered in determining what variation in specifications is considered acceptable (...), but this court does not believe that section 2-202 was meant to invite a frontal assault on the essential terms of a clear and explicit contract. (...)

The more reasonable approach is to assume that specifications as to quantity and price are intended to be observed by the parties and that the unilateral right to make a major departure from such specifications must be expressly agreed to in the written contract. That way, the courts will still be free to apply custom and trade usages in interpreting terms of the contract without raising apprehension in the commercial world as to the continued reliability of those contracts.'

Om de zekerheid van commerciële transacties niet te veel aan te tasten, neemt deze rechter aan dat de overeengekomen hoeveelheid en prijs in zoverre vaststaan dat een mogelijk eenzijdig recht om daarvan in belangrijke mate af te wijken uitdrukkelijk in de schriftelijke overeenkomst moet staan.

Het streven naar een door de rechter redelijk te achten oplossing overheerst bij de rechterlijke oordeelsvorming. Om de met een contract beoogde zekerheid enigszins te paren aan een redelijk te achten resultaat kan een rechter erop aansturen dat een handelsgebruik een expliciet beding ten dele aantast, evenwel zonder het geheel teniet te doen. Een voorbeeld van die benadering is *Nanakuli Paving & Rock Co. v. Shell Oil Co., Inc.*, 664 F.2d 772 (9th Cir. 1981). Shell verkoopt asfalt aan Paving op grond van een langlopende leverantieovereenkomst. De schriftelijk overeengekomen prijs is de prijs die staat op de prijslijst van Shell op het moment van de aflevering. Na een aantal jaren stijgt de marktprijs van asfalt gigantisch als gevolg van de oliecrisis in 1973. Op 31 december 1973 laat Shell aan Nanakuli weten dat zij met ingang van 1 januari 1974 de prijs van asfalt met 75% verhoogt. Zij weigert een lagere prijs aan te houden voor hoeveelheden die Nanakuli daarvoor reeds heeft besteld. Nanakuli spreekt Shell in rechte aan wegens niet-nakoming. Zij beweert dat het handelsgebruik in de asfaltindustrie haar een redelijke 'prijsbescherming' toestaat, zoals Shell haar tweemaal eerder heeft gegeven. De rechter acht het bewijs van het bestaan van een handelsgebruik van prijsbescherming in de plaatselijke asfaltindustrie geoorloofd. Een dergelijk gebruik:

'forms a broad and important exception to the express term, but does not swallow it entirely (...).'

Een handelsgewoonte kan een expliciet overeengekomen prijsbeding zover 'aanvullen' (lees in veel gevallen: tegenspreken), zover het beding niet volledig ongedaan gemaakt wordt.

4.6 Vijfde beperking: de parol evidence rule geldt niet voor het bewijs van de geldigheid van een contract en voor voorwaardelijke contracten

Ten vijfde vindt de parol evidence rule geen toepassing als een partij wil bewijzen dat afspraken of toezeggingen voorafgaand aan het sluiten van de schriftelijke overeenkomst de geldigheid of het ontstaan (opschortende of ontbindende voorwaarden) van de schriftelijke overeenkomst aantasten.

In de eerste plaats is dat het geval als een contractspartij een beroep doet op de nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst (gebrek aan 'consideration' (tegenprestatie), illegality (strijd met de wet), fraud (bedrog), duress (bedreiging), mistake en misrepresentation (dwaling)). In dat geval mag de partij die zich daarop beroept, de aantastbaarheid van de schriftelijke overeenkomst aantonen door eerdere beloftes of overeenkomsten te bewijzen (par. 214 sub d Rest.Contr.2d).²⁶ Een definitieve overeenkomst die nietig of vernietigbaar is, doet eerdere (mondelinge of schriftelijke) overeenkomsten niet tenietgaan (par. 213 lid 3 Rest.Contr.2d).

²⁶ Zie daarover uitvoerig: Fuller & Eisenberg, Basic contract law, p. 567-571.

In de tweede plaats mag een partij bewijs leveren van het bestaan van een mondelinge overeengekomen (opschortende of ontbindende) voorwaarde die verbonden is aan het in werking treden van een schriftelijke overeenkomst (par. 217 Rest.Contr.2d.). De rechtvaardiging voor deze uitzondering op de parol evidence rule is dat indien de voorwaarde niet vervuld is, er geen overeenkomst tot stand is gekomen en de parol evidence rule alleen toegepast kan worden als een overeenkomst bestaat.²⁷ Indien partijen de mondelinge overeenkomst derhalve beschrijven als een voorwaarde voor uitvoering van de overeenkomst, dan stuit het bewijs van deze overeenkomst af op de parol evidence rule. Als zij de mondelinge overeenkomst daarentegen hebben geformuleerd als een voorwaarde voor het ontstaan van de schriftelijke overeenkomst, dan mag de mondelinge overeenkomst bewezen worden.²⁸ Een andere rechtvaardiging voor het aannemen van deze uitzondering is dat het enkele bestaan van een contractsvoorwaarde aantoont dat het schriftelijke stuk niet een definitieve en gehele partijafpraak is (er is geen sprake van een ‘completely integrated agreement’, zie par. 4.2) en dat de voorwaarde aldus het schriftelijke stuk mag aanvullen. Dit komt mij voor als een cirkelredenering.

Een bekend voorbeeld waarin de hier aan de orde zijnde uitzondering is toegepast, is *Hicks v. Bush*, 180 NE 2d 425 (NY 1962). *Hicks* en *Bush* komen schriftelijk overeen hun diverse moedermaatschappijen te laten fuseren tot een entiteit. In de schriftelijke overeenkomst is bepaald dat binnen een zekere tijd na de fusie de partijen hun aandelen in de individuele ondernemingen zullen omzetten in aandelen van de nieuwe moedermaatschappij. *Hicks* biedt daartoe haar aandelen aan, maar *Bush* laat dat na. De nieuwe aandelen worden uiteindelijk aan niemand uitgegeven. *Hicks* spreekt daarop *Bush* aan op grond van de overeenkomst. *Bush* verweert zich met een beroep op een eerdere mondelinge overeenkomst dat de schriftelijke overeenkomst niet in werking zou treden indien en voorzover niet voor aanvullend kapitaal uit andere bronnen was gezorgd (een opschortende voorwaarde). Volgens *Bush* is dat niet gebeurd. De rechter oordeelt dat *Bush* de gestelde mondelinge opschortende voorwaarde mag bewijzen:

‘Parol testimony is admissible to prove a condition precedent to the legal effectiveness of a written agreement (...) if the condition does not contradict the express terms of such written agreement.’

Dat het bewijs van een opschortende of ontbindende voorwaarde niet wordt uitgesloten door de parol evidence rule, wordt ook gelezen in artikel 2-202 UCC, hoewel de tekst van die bepaling daarover niets zegt. De ‘leading case’ in deze is *Hunt Foods and Industries, Inc. v. Doliner*, 270 NYS 2d 937 (App. Div. 1966).

Hunt wenst het belang van *Doliner* in *Eastern Can Co.* over te nemen. Tijdens de onderhandelingen is *Hunt* bevreesd dat *Doliner* met een derde in zee zal gaan. *Hunt* beweegt *Doliner* daarom haar een optie toe te kennen om alle aandelen van *Doliner* in *Eastern* over te nemen voor een bepaalde prijs. Na verdere onderhandelingen komen partijen niet tot overeenstemming. *Hunt* wil de optie uitoefenen. *Doliner* wenst daarop een

mondelinge, aan de optie verbonden, opschortende voorwaarde te bewijzen, namelijk dat de optie alleen uitgeoefend kan worden indien *Doliner* achter aanbiedingen van derden zou zijn aangegaan (hetgeen niet het geval is). In de schriftelijke optieovereenkomst zelf is geen melding gemaakt van die voorwaarde. Om *Doliner* ervan te weerhouden dat bewijs te leveren, beroept *Hunt* zich op de parol evidence rule. De rechter past bij wijze van analogie de parol evidence rule van artikel 2-202 UCC toe, ook al gaat het hier niet om de koop van roerende zaken (waarop art. 2 UCC ziet; het gaat in deze zaak om de verkoop van aandelen waarop art. 8 UCC ziet). Hij overweegt dat het mondelinge beding, dat de optie alleen uitgeoefend kan worden als *Doliner* achter derden aanging, niet in tegenspraak is met de overeengekomen schriftelijke optie. De rechter acht het schriftelijk overeengekomene geen ‘total integration’, omdat de mondelinge voorwaarde niet een beding is dat, zo dit overeengekomen zou zijn, zeker in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen. De uitspraak is in latere rechtspraak en de literatuur sterk bekritiseerd, omdat het mondelinge beding eigenlijk een beding van de schriftelijke overeenkomst tegenspreekt: de schriftelijk overeengekomen optie is onvoorwaardelijk; het mondelinge bewijs maakt deze voorwaardelijk.²⁹

5. Kent het Nederlandse recht een met de parol evidence rule vergelijkbare rechtsregel?

Stel: er ligt een schriftelijke door partijen getekende overeenkomst. De ene partij beweert evenwel dat zij, voorafgaand aan het tekenen van het schriftelijke stuk, met de andere partij mondelinge een beding is overeengekomen dat de schriftelijke overeenkomst tegenspreekt of aanvult. De Amerikaanse rechter zal de genoemde ene partij in beginsel niet toestaan het bewijs van die mondelinge overeenkomst te leveren op grond van de parol evidence rule. Hoe zal een Nederlandse rechter de geschetste casus beoordelen?

Vooropgesteld moet worden dat een door partijen getekende overeenkomst een akte is; een ondertekend geschrift bestemd om tot bewijs te dienen (art. 183 lid 1 Rv oud). Indien het gaat om een schriftelijke weergave van een overeenkomst is een dergelijke akte meestal een onderhandse akte, dat wil zeggen een akte die niet in een bepaalde vorm en niet door een bevoegde ambtenaar, zoals een notaris, is opgemaakt (art. 183 lid 2 Rv oud). Een onderhandse akte levert dwingend bewijs op ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen (art. 184 lid 2 Rv oud), dat wil zeggen dat de rechter in beginsel verplicht is de inhoud van die akte in zoverre als waar aan te nemen (art. 178 lid 1 Rv oud).³⁰ Tegen dwingend bewijs is tegenbewijs mogelijk (art. 178 lid 2 Rv oud).

²⁹ Zie *Alaskan Northern Development, Inc. v. Alaska Pipeline Service Co.*, 666 P.2d 33 (1983).

³⁰ Zie HR 5 januari 2001, RvdW 2001, 23 (Brooke Holland/Mr. Overes q.q.). Zie evenwel de bijzondere bepaling met betrekking tot de schriftelijke vastlegging van een eenzijdige verbintenis tot voldoening van een geldsom (art. 185 Rv).

²⁷ Vgl. de bewoordingen van illustration 5 bij par. 217 Rest.Contr.2d.

²⁸ *Fuller & Eisenberg*, Basic contract law, p. 572.

Welke gevolgen heeft het bestaan van een akte voor de bewijslastverdeling? Ik neem als voorbeeld dat partij A volgens een akte een vorderingsrecht op partij B heeft en dat B dat ontkent, althans dat zij stelt dat het vorderingsrecht van A op B minder is dan in het schriftelijke stuk staat uitgedrukt, omdat zij voorafgaand aan het tekenen van de schriftelijke overeenkomst een mondelinge afspraak van die strekking met A heeft gemaakt. Indien A zich ten bewijze van haar vorderingsrecht op B op de onderhandse akte beroept, waarin B heeft verklaard een bepaalde prestatie aan A te voldoen, dan heeft A in beginsel haar vorderingsrecht met betrekking tot die prestatie bewezen. Het ligt dan in beginsel³¹ op de weg van partij B, die verweer wenst te voeren, om feiten te stellen en zo nodig te bewijzen, waaruit volgt dat het door A gestelde vorderingsrecht haar niet toekomt.³² Een akte heeft naar Nederlands recht dus in de eerste plaats gevolgen voor de bewijslastverdeling. De partij die beweert dat het anders is dan in de akte staat uitgedrukt, moet dat in beginsel stellen en bewijzen. Die bewijspositie is uiterst lastig. Zeker als de desbetreffende partij zich beroept op afspraken en mededelingen die zijn gedaan voorafgaand aan het tekenen van het schriftelijke stuk, maar daarin niet zijn opgenomen. De verweerder zal dan een beroep doen op stukken en (partij)getuigen die die eerdere afspraak kunnen bewijzen. De rechter is vrij in de waardering van het bewijs (art. 179 lid 2 Rv oud). In HR 5 januari 2001, RvdW 2001, 23 (Brooke Holland/Mr. Overes q.q.) heeft de Hoge Raad aan het in de vorige alinea genoemde daarom toegevoegd dat het de rechter vrijstaat dit tegenbewijs geleverd te achten indien hij op grond van de in het geding gebleken feiten bewezen acht dat de in de akte opgenomen verklaring onjuist is, nu de rechter vrijelijk aan ieder feitelijk gegeven in het geding de bewijskracht kan toekennen die hem goedgeeft.

Hoe zal de rechter dergelijk bewijs, dat dateert van voor het schriftelijke contract en dat dit contract tegenspreekt, waarderen? Hij zal als regel van boerenverstand tot uitgangspunt nemen dat als de beweerde mondelinge afspraak belangrijk zou zijn, partijen die wel in de schriftelijke overeenkomst zouden hebben opgenomen. Indien eerdere afspraken niet in de schriftelijke overeenkomst (de akte) voorkomen, dan hebben partijen kennelijk niet de bedoeling gehad deze te laten overleven. Zo is een van de door Drion onderkende vuistregels bij de uitleg van contracten dat ieder contract op zichzelf moet kunnen staan en dat externe uitleg- of bewijsbronnen in beginsel overbodig moeten zijn.³³ Een ander voorbeeld van een met de parol evidence rule overeenkomend resultaat is de regel naar Nederlands recht dat, indien de in de transportakte opgenomen perceelsomschrijving (welke percelen en de omvang daarvan) afwijkt van de omschrijving in de eerdere koopovereenkomst, de beschrijving in de transportakte prevaleert.³⁴

De zojuist weergegeven gedachte ligt ook ten grondslag aan de parol evidence rule. Waar het Amerikaanse recht dat bewijs categorisch uitsluit, zal het in Nederland zo zijn dat het bewijs van de stelling dat een schriftelijke overeenkomst door eerdere mondelinge afspraken of stukken tegengesproken of aangevuld is, de rechter veelal niet spoedig overtuigen.

Wanneer zal een rechter het bewijs geleverd achten dat partijen eerder een beding zijn overeengekomen dat de schriftelijke overeenkomst tegenspreekt of aanvult? Anders gezegd: wanneer zal de rechter niet uitgaan van de geschetste ervaringsregel dat de akte de definitieve en volledige afspraak van partijen bevat?

Een eerste denkbare situatie is dat partij B stelt, en zo nodig bewijst, dat het schriftelijke stuk niet de definitieve afspraken van partijen weergeeft. In termen van de parol evidence rule: dat de akte geen 'integrated agreement' is. Dat kan bijvoorbeeld blijken uit de bewoordingen of de gebrekkige detaillering van het schriftelijke stuk (vgl. par. 209 lid 3 Rest.Contr.2d). Maar hieruit blijkt dat de parol evidence rule eigenlijk een cirkelredenering is: indien komt vast te staan dat partijen alle bepalingen van hun overeenkomst in het schriftelijke contract hebben opgenomen, dan is bewijs van het tegendeel niet toelaatbaar, want niet meer relevant.³⁵

Een tweede denkbare situatie is dat partij B stelt en zo nodig bewijst dat het schriftelijke stuk niet de volledige tussen partijen overeengekomen afspraak omvat. In termen van de parol evidence rule: de akte is geen 'completely integrated agreement', maar een 'partially integrated agreement'. Het bewijs waarbij een niet-complete overeenkomst wordt aangevuld, zal de rechter vanzelfsprekend niet sceptisch bejegenen. Bij een dergelijke aanvulling is ook de handelsgewoonte van belang (art. 6:248 lid 1 BW). Indien het beweerde aanvullende beding van dien aard is dat het zeer waarschijnlijk in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen, dan kan bij de rechter het vermoeden rijzen dat het schriftelijke stuk de partijafpraak volledig weergeeft (vgl. comment 3 op art. 2-202 UCC, alsmede art. 2-202 lid 2 sub b ontwerp aanpassing UCC).

Kortom, de parol evidence rule bestaat in zekere zin ook in het Nederlandse recht, maar dan als ervaringsregel bij de waardering van bewijs.

Partijen kunnen naar Nederlands recht geldig overeenkomen dat een schriftelijk stuk de overeenkomst van partijen volledig en uitsluitend weergeeft (een merger clause).³⁶ Het rechtsgevolg van een dergelijk beding is dat een dergelijke overeenkomst niet kan worden tegengesproken of aangevuld door bewijs door middel van daaraan voorafgaande verklaringen of afspraken.³⁷ Van het recht om dat bewijs te leveren wordt door een dergelijk beding afstand gedaan. Latere overeenkomsten of verklaringen (ook mondelinge) kunnen de betreffende schriftelijke overeenkomst uiteraard wel aanvullen en ontkrachten. De toegevoegde waarde van een merger clause is daarom vrij gering. Een merger clause belet ook niet dat schriftelijke stukken en mondelinge verklaringen uit de fase voorafgaand aan het tekenen van de schriftelijke overeenkomst relevant zijn bij de uitleg van de bedingen in het schriftelijke contract.

31 Tenzij er bijzondere (en zelden aanwezige) redenen zijn de bewijslast om te keren op grond van artikel 177 lid 1 slotzinsnede Rv.

32 Zie HR 13 juni 1997, NJ 1997, 562 (Soto-Montoya/Marsera).

33 Drion, Engelstalige contracten in de Nederlandse rechtspraktijk, p. 15 (sub 3.1 vuistregel 8).

34 HR 22 april 1994, NJ 1995, 560 m.nt. WMK (Bouwmeester/Van Leeuwen).

35 Aldus ook de Engelse Law Commission no. 154, 1986, par. 2.7.

36 Zo ook: Wolters, De due-diligence paradox, *Contracteren* 1999, p. 11-12 (sub 6.9) en Drion, Engelstalige contracten in de Nederlandse rechtspraktijk, p. 18 (r.k.). Anders: Hondius, in: *Recht als norm en als aspiratie*, 1986, p. 34.

37 In gelijke zin: art. 2.17 UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts.

Partijen kunnen naar Nederlands recht eveneens geldig overeenkomen dat een schriftelijk contract niet anders dan schriftelijk gewijzigd of beëindigd kan worden (een no-oral-modification/termination-clause). Naar Nederlands recht staat het een partij vrij bewijs te leveren dat de wederpartij, door het aangaan van een latere mondelinge overeenkomst, daarvan afstand heeft gedaan of dat het in die omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is op een dergelijk beding een beroep te doen (art. 6:248 lid 2 BW). Internationaal wordt aangenomen dat zich dat onder meer voordoet wanneer die partij door haar gedrag bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat zij op dat beding geen beroep zal doen en de wederpartij op grond daarvan heeft gehandeld.³⁸

Maar afschaffing van de parol evidence rule, zoals het Engelse recht aan het eind van de jaren tachtig heeft gedaan, is naar Amerikaans recht voorlopig niet te verwachten. De Nederlandse jurist die zich op het terrein van het Amerikaanse contractenrecht waagt, is gewaarschuwd.

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes, raadsheer in het gerechtshof te Arnhem en hoogleraar Privaatrecht Vrije Universiteit Amsterdam

6. Slotopmerkingen

De parol evidence rule in het Amerikaanse contractenrecht staat ver af van het Nederlandse contractenrecht. Een rechtsregel die niet toestaat bewijs te leveren van eerdere mondelinge afspraken, of schriftelijke stukken in het geding te brengen, die een latere schriftelijke overeenkomst (ten dele) ontkrachten of aanvullen, kent ons recht in beginsel niet. Naar Nederlands recht is de parol evidence rule veeleer een praktisch gezichtspunt dat de rechter bij de waardering van het bewijs in ogenschouw zal nemen (zie par. 5). Maar de parol evidence rule geldt alleen als het schriftelijke contract heeft te gelden als een volledig en definitief contract. Voorwaar een *petitio principii*.

Maar de Nederlandse jurist die een Amerikaans schriftelijk contract aangepast of gewijzigd wil zien op grond van eerdere stukken of mondelinge toezeggingen moet erop bedacht zijn de parol evidence rule tegengeworpen te krijgen. Hij moet dan gebruikmaken van de nodige uitzonderingen die in de rechtspraak op de parol evidence rule zijn aanvaard (zie par. 4). De parol evidence rule noopt ook tot volledigheid in het schriftelijke contract. Dat is een van de redenen dat een beetje Amerikaans contract de omvang van een telefoonboek van een middelgrote stad heeft.

Zowel naar Amerikaans als naar Nederlands recht is de waarde van een merger clause (een beding dat de schriftelijke overeenkomst de overeenkomst van partijen volledig en uitsluitend weergeeft) of een no-oral-modification clause (het beding dat een contract niet mondeling, maar alleen schriftelijk kan worden gewijzigd) betrekkelijk. Van dergelijke rechten kan afstand zijn gedaan (althans kan daartoe het gerechtvaardigde vertrouwen zijn gewekt), een beroep daarop kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn en latere overeenkomsten kunnen de eerdere ontkrachten.

³⁸ Aldus ook art. 2:18 UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts en art. 29 lid 2 CISG. Zie over art. 29 lid 2 CISG o.a. Meeusen, in: Het Weens Koopverdrag (red. Van Houtte e.a.), 1997, nr. 3.72 en de aldaar genoemde literatuur.